

בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 3390/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופטת ע' ברון

העותרים: 1. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל  
2. המוקד להגנת הפרט  
3. אלדמיר לטיפול בענייני אסירים וזכויות אדם  
4. התנועה העולמית להגנה על הילד

נגד

המשיבים: 1. הכנסת  
2. שרת המשפטים  
3. המוסד לביטוח לאומי

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ז בטבת התשע"ז (25.01.17)

מזכירת הרכב: דפנה סתרן  
קלדנית: ענת

בשם העותרים: עו"ד סאוסן זהר; עו"ד חסן ג'בארין

בשם המשיבה 1: עו"ד גור בליי; אפרת חקאק

בשם המשיבים 2  
ו-3: עו"ד אבי מיליקובסקי; עו"ד סיגל אבנון; עו"ד אורנה רוזן אמיר

פרוטוקול

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: אנו קראנו ואנו יודעים במה מדובר.

עו"ד זהר: כבודכם, אני טוענת בעל פה בהסתמך על התגובה של המשיבים.

אתחיל בכך ואציין ואדגיש שאנו כאן בדיון ראשון בעתירה לצורך מתן צו על תנאי. יש ראיות לכאורה המצדיקים מתן צו על תנאי. מדובר בשאלות חוקתיות כבדות כיוון שתיקון החוק נוגע למשמעות ולמחנות של דיני העונשין. העתירה מעלה שאלות כבדות.

1 לפני שאתחיל בקצרה בטעון שלי אבקש להזכיר מהו החוק הזה? החוק הזה שתוקן בנובמבר  
 2 2015 הוא תוקן לפי טענת המדינה לאור מה שהיא מכנה מכת מדינה "יידוויי האבנים". החוק  
 3 אומר שקטין שהורשע בגין יידוויי אבנים תישלל מהוריו גמלת קצבאות ילדים, תישלל גמלת  
 4 מזונות, תישלל גמלת אבטחת הכנסה ועוד גמלאות. מעצם ההרשעה מבלי מתן שיקול דעת של  
 5 השופט הזכויות נשללות מבלי לאפשר לאף אחד מהצדדים לטעון בשל שלילת מתן הגמלאות.

6 אתחיל בכמה דוגמות שחלקן דוגמאות מהמציאות העגומה שאנו נתקלים בה וחלקן דווקא  
 7 מפסקי דין שהובאו בתגובה של חבריי, הן מהכנסת והן מהמדינה. אתן דוגמה, החוק הזה בא  
 8 לאפשר מצב אבסורדי שיש לנו שני ילדים ערבים מחיפה או מנצרת ואחד מהם סותר סמים שזו  
 9 תופעה של הצדקת התערבות החוק, והשני באופן ספונטאני מנסיבות מיוחדות ללא רקע פלילי  
 10 זורק אבן. אחזור על הדוגמה כדי להראות את האבסורד בחוק הזה.

11 חשוב לי להביא את הדוגמה כדי לעמוד על האבסורד שהוא מבטא לחייב את השופט שלא לדון  
 12 בכל מקרה ומקרה.  
 13 בעניין של משפט פלילי אנו דנים בשלב של העונש ואנו דנים בדיני העונשין כאשר החוק אומר  
 14 ללא מתן שיקול דעת שיפוטי של השופט שהוא מחויב לא רק לתת עונש, באותו מעמד של  
 15 התיקון הזה כאשר המחוקק העלה את הענישה שהיא טבעית לדיני עונשין שיידוויי אבנים הוא  
 16 מעלה ברובד ראשון – מצטטת.

17  
 18 כבוד השופטת ע' ברון: זה לא נושא העתירה כאן.

19  
 20 עו"ד זהר: זה לא נושא העתירה אבל זה בא באותו תיקון של החמרת ענישה בגין יידוויי אבנים  
 21 עם עוד עונש של שלילת הקצבאות.

22  
 23 כבוד השופט ע' פוגלמן: שלילת קצבאות זה לא חלק מההליך הפלילי. טענת השוויון עומד ללא  
 24 קשר לשאלה באם שופט בהליך פלילי מורה על שלילת קצבאות.

25  
 26 עו"ד זהר: הם אמרו כאשר הילד נמצא בבית הכלא אז אנו ממילא עומדים בכיסוי ההוצאות של  
 27 הקטין, ושהם יגרמו לכך שההורים יחנכו את ילדיהם שלא לזרוק אבנים. יש פה פגיעה  
 28 בזכויות. מפנה לפסיקה המדברת על תומרה באפקט המצטבר להוסיף עוד עונש ועוד הגבלה  
 29 בזכויות. כבוד השופט רובינשטיין דן בעבירות ביטחון ובחשודים כאשר ההגבלה היתה אי  
 30 נוכחות בדיון עצמו ושלילת מפגש עם עו"ד. מפנה לאמירה חשובה בפסק הדין שמדברת על  
 31 אפקט המצטבר כאשר בפסקה 30 לפסק הדין של המשנה אז ריבלין קבע – מצטטת.

32 כאן דומה מאוד לענייננו, קבעו עונש מינימום וכל הזכויות ישללו ללא בדיקת הרקע של  
 33 המשפחה עצמה. יש מקרים שההורים מאוד דואגים. האבסורד הזה הוא בעניין פלוני נ' מדינת  
 34 ישראל שצוטט בתגובת המדינה כדי להראות עד כמה חשוב למדינה לטפל ביידוויי האבנים.  
 35 בערעור לעליון המדינה באה וצטטה עד כמה חשוב לטפל בתופעה החמורה הזו. מפנה לפסקה 11  
 36 בתגובת המדינה. פסקה אחרי מה שציטטה המדינה בא ביהמ"ש ואומר – מצטטת. אותו מקרה

1 הדגיש יו"ר ההרכב עד כמה הורי הקטין שיתפו פעולה עם הפנימייה ששם הושם הקטין –  
2 מצטטת.

3

4 כבוד המשנה לנשיאה אי רובינשטיין: אינטרס הזמן, גברתי תסיים כמוכן את הנושא הזה  
5 קראנו את כל מה שגברתי כתבה.

6

7 עו"ד זהר: אני מנסה להדגיש שהמדינה יוצאת מתוך הנחה שלכל ההורים לא איכפת להם  
8 מהילדים שלהם וזו טענה לא מבוססת. יש לקחת את כל הנסיבות בכל מקרה ומקרה.

9 אני מנסה דרך הטיעונים שלי לטעון ולהגיב על מה שנכתב. המדינה טוענת שיש תופעה של  
10 יידוויי אבנים, מעורבות קטינים ושוזה מכת מדינה וחייבים לטפל בזו. פסק דין שנידון בביהמ"ש  
11 הנכבד בנושא החיסונים באוכלוסייה הבדואית, ביהמ"ש דן בנושא דומה כיצד ביהמ"ש  
12 מתייחס לעניין שמדובר במכת מדינה וכיצד זה משפיע על רמת הענישה. הם רצו לעשות הצדקה  
13 בעובדה שחומרת העבירה בחיותה מכת מדינה כדי להצדיק את המעצר וביהמ"ש לא קיבל את  
14 העניין הזה שמדובר במכת מדינה, שאפשר להתייחס באופן קולקטיבי לכל הילדים כמקשה  
15 אחת. אני רוצה לחדד בציטוט של השופטת דורנר, מצא וברק כאשר השופט מצא אמר –  
16 מצטטת. כני"ל גם פה, אסור להסתכל על מידיי האבנים על כל אחד שעובר עבירת ביטחון  
17 כמקשה אחת. מה הקשר בין הגמלאות לבין ענישה לצורך חרתעה. לאורך כל הטוענים טיעון  
18 שמשליך על האבתנה הבלתי רלוונטית שגורמת לגורפות שנמצאת במרכיב.

19

20 כבוד המשנה לנשיאה אי רובינשטיין: המדינה רוצה להרתיע לאלה שמיידיים אבנים, והיא רוצה  
21 לתת לזה ביטוי. מה לשיטתכם המבחן?

22

23 עו"ד זהר: מה שציטטתי בהתחלה על שני מקרים של ענישה בגין יידוויי אבנים, עשר שנים  
24 ועשרים שנה. ויש עונשים לפי נסיבות האירוע. שיטפלו בזה בכלים הקלאסיים של דיני  
25 העונשים שמיועדים במיוחד כדי להרתיע. אני לא אמורה להציע את רף הענישה הקלאסי, מה  
26 שמפריע פה זה שימוש בגמלאות שלא קשור למתחם הזה, זה לא יכול לנשום את הנשימה של  
27 דיני העונשין. זה לא יכול להיות תחת אותו קורת גג. זה מפריע לי. הם מתנקמים ומענישים את  
28 הילד דרך ההורים. רציתי לשכנע את ביהמ"ש שהקצבה היא לילד וביהמ"ש קבע בתיק ההוא  
29 שהקצבה היא לילדים ולא לילד. גם אם העתירה כולה התקבלה שיקולים של בריאות הציבור,  
30 זה מה שנגע שם. העתירה שהגשתי נדחתה שם ויום לאחר מכן התיקון הזה בפועל חיוס לא חל.  
31 הם מנסים לפגוע בזכויות לכל הורה ללא קשר. זה שהילד נמצא בבית הכלא והמדינה דואגת  
32 לצרכיו הבסיסיים מבחינתי זה לא המבחן.

33 אשיב לעניין של המדינה שאנו דואגים לו, ייתכן שהמדינה דואגת לצרכים הבסיסיים של הילד  
34 בבתי הסוהר, אבל צריך ללמוד מהרציונל. הרציונל בקנטינה בגובה של 1200, 1600 שקלים  
35 לחודש נועדה לרכישת מצרכים שהם חיוניים לאותו אסיר ואנו מדברים על קטינים. הוא ילד  
36 שנמצא בבית הכלא והוא רוצה להשתמש בכסף כדי לקנות ממתקים, אוכל, כדי לא לאכול את

1 חמצרן הבסיסי שנותנים לו. יש הוצאות נוספות על ההורים. הילד לא נעלם שהוא נמצא בבית  
2 חסוהר ועדיין יש הוצאות עבור ההורים גם אם הילד נמצא בבית חסוהר.

3  
4 עו"ד ג'בארין: אני רוצה לשכנע מדוע העתירה מצדיקה להוצאת צו על תנאי בשלב הזה. ביהמ"ש  
5 העליון כדי לקיים עתירות בהרכב מורחב כאשר הוא הקדיש שאסור לחקיקה לא לשקול נסיבות  
6 אישיות, יש לשקול לכל מקרה ומקרה. מפנה לפסק הדין נגד שר הביטחון, וביהמ"ש אמר שאי  
7 אפשר באופן גורף, זה פסק דין פלוני בעניין הבאת אסירים. ביהמ"ש אמר שזו גורפות והגורפות  
8 כאן מתבטאת בעובדה אחת, לא משנה מה הנסיבות של הילד, אם הוריו עשו את הכל שלא  
9 יזרוק אבנים, אם העונש שלו היה קל או לא קל, התוצאה המיידית היא שלילת קצבאות ילדים  
10 ללא הליך הוגן. ביהמ"ש העליון ואני מכיר את כל הפסיקה בנושא היה רגיש לפסיקה לכל  
11 חקיקה שפוגעת בהליך הוגן. הבן שלי יצא זרק אבן באירוע חריג, הוא לא פגע באף אחד,  
12 עשיתי את כל המאמצים לפני כן וגם לאחר מכן, לשמחתי הוא לא קיבל עונש גדול ומיד הזכות  
13 שלי לקצבה נשללת. הוא ממשיך להיות סוחר סמים ואף אחד לא יחשוב על שלילה.

14  
15 כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: את הדוגמה הזו הביאה חברתך עו"ד זהר.

16  
17 עו"ד ג'בארין: יש כאן פגיעה בזכות יסוד ללא הליך הוגן. די בכך שיש עונש פלילי ולא צריך  
18 לקרוא פסק דין בחליץ מנחלי.

19  
20 עו"ד בליי: כבודכם, אני חושב שבסופו של דבר, אתחיל מחסוף, חברי דיברו על היבט גורפות  
21 ושלא שוקלים את הנסיבות האישיות. המדינה שוללת רק את תקופת המאסר, כלומר באופן  
22 מובנה יש פה התאמה למקרה.

23  
24 כבוד השופט ע' פוגלמן: השאלה מתחדדת נוכח תכלית שאדוני מדבר עליה, שמדובר בקטין  
25 שמיידה אבנים, לעומת אסיר פלילי, חבריך דיברו על קטין שהוא סוחר סמים, הפגיעה בחברה  
26 בעיני יותר יתרה אנושה, אז אם היתה כוונה לדאוג לאינטרס הציבורי, כאשר אנו מסתכלים על  
27 פגיעה בשוויון.

28  
29 עו"ד בליי:

30 כבודו הזכיר את הנושא של הבגירים, אנו פה בסיטואציה שבעקבות התיקון שהסיטואציה  
31 שבזמן שמגיעים למאסר ובגלל צרכיו הבסיסיים של הבגירים לא צריכים לתת קצבה. פה היתה  
32 התלבטות גם בוועדה באם לומר שמחילים את ההסדר של הבגירים גם על הקטינים, בסופו של  
33 דבר בגירים כן וקטינים לא.

34  
35 כבוד השופטת ע' ברון: הצגת הדברים כאן נדמה לי חוטא לעניין. כאן לומר שיש קטינים שזה  
36 לא חל עליהם, על מרבית הקטינים זה לא חל, זה חל לגבי קטינים שמייחסים להם עבירות  
37 ביטחון כאן.

עו"ד בליי :

הוועדה התבלטה בגלל באם להחיל את זה על כל הקטינים.

עו"ד בליי :

בהתייחס לשאלת גברתי, קודם כל פסק הדין בעניין החיסונים לא היתה הכרעה למי זה שייך. בנסיבות לא נעימות כמוכן אבל יש הפתחה מסוימת לכל משפחה, המדינה אומרת שהיא לא עושה את זה על חשבון המשפחה, היא נושאת בהוצאות הקטין.

עו"ד בליי :

זה לא שאומרים שהמשפחה חסכה 2000 שקלים, המדינה אומרת שהיא נאלצת להוציא סכום אחר כאשר הקטין נמצא במאסר, כלומר היא ממנת יותר כי הקטין נמצא במאסר. כמו שכבתנו, בהקשר הזה צריך להפריד בין התכלית הרחבה שהיתה טריגר לכל הצעת החוק לבין התכלית הספציפית. זה מתוך רצון להתמודד עם בעיה רחבה של מכת מדינה, יידויי אבנים.

כבוד השופט ע' פוגלמן : יש תכלית אחת בדרך כלל, ופה אדוני בעצם בונה מסגרת חדשה.

עו"ד בליי :

ההדגשים שונים, אני חושב שהתמודדות הספציפית באמצעות חוק מ"ל שקיבל ביטוי בפסק דין שהזכרנו בבית הדין לעבודה שזו הסולידאריות החברתית. גם בעבירה פלילית רגילה אפשר לראות מתח מסוים עם הסולידאריות החברתית. סעיף 326 לגבי הפחתת קצבאות לעבירות ביטחון וזה אגב קיבל ביטוי בהיבט חינוכי, יש בהם משהו שונה כי יש איום על המדינה ועל החברה. פה זה חסר אבחנה, משהו שאומר שהוא רוצה לפגוע במדינה, להטיל אימה באופן רחב.

כבוד השופט ע' פוגלמן : עבירות הביטחון באמת אפשר לסווג אותן כפי שאדוני סיווג אותן, השאלה האבחנה הזו שאדוני מנסה לעמוד עליה היא תקפה.

עו"ד בליי :

החוק הזה לא רק חל על מידיי אבנים.

1 כבוד השופט ע' פוגלמן: יידי אבנים באמת זה היה הטריגר.

2  
3 עו"ד בליי: אני חושב שבהקשר הזה יידי האבנים בגלל הרוחב של התופעה כאשר יש פה תופעה  
4 שהיא חלק ממסגרת שאומרת שהיא מנסה לפגוע ללא אבחנה באזרחים. העניין לאיים באמצעות  
5 אותה תשתית בחוק מל"ל. נכון שאבנים פחות תמורות מנשק חם, אבל הקונטקסט הכללי הזה  
6 המטרה שלה להטיל אימה בצורה רחבה.

7  
8 כבוד השופט ע' ברון: השאלה אם זאת הדרך כאשר זה נעשה כלפי קבוצה מסוימת ולא באופן  
9 אוניברסלי.

10  
11 עו"ד בליי:  
12 בהקשר הזה אבקש להתייחס אליו, אני חושב שאי אפשר להסתכל באופן נקי בזמן שבגיר  
13 שנמצא במאסר, הוא גם לא מקבל קצבת. אם היינו במצב שבו אומרים רק אסירים ביטחוניים  
14 נשלל מהם, אז אני חושב שזה היה מחדד אולי את המורכבות.

15  
16 כבוד השופט ע' ברון: אם מדובר בשוויון אז יכול להיות שההתייחסות היתה אחרת, אבל בגלל  
17 שאין אלמנט שוויוני כאן אי אפשר להתעלם ממקרים אחרים.

18  
19 עו"ד בליי:  
20 בהתחשב בסיטואציה הנוכחית שאני חושב במצב שיש כל בגירים וחלק קטינים כאשר קבוצת  
21 הקטינים היחידים קשה להתמודד עם הקושי, בסופו דבר אני יכול להתמודד עם איזושהי הטבח  
22 כאשר אתה משווה. זה לא יסייע לעותרים בהקשר הזה, אבל זה חלק מהקונטקסט פה שאי  
23 אפשר להתעלם מזה.

24  
25 עו"ד מיליקובסקי: הערה מקדימה, מפנה לסעיף 22 הנושא הועבר למחלקת בדיקת הנוסח. מה  
26 שנכתב בעתירה הוא מקובל.  
27 נאחז את שור בקרניו ונתייחס לעניין האבחנה בין שתי התכליות ודבר שני הסוגיה חענישתית  
28 לכאורה המשליכה על שאלת השוויון.  
29 בהקשר של שאלת כבוד השופט פוגלמן, לשאלת שתי התכליות, אכן יש הבדלים בניואנסים אבל  
30 עמדתנו לא השתנתה כהוא זה. התכלית היא מניעתית, היא הוגדרה בסעיף 54 שנועד לתמרץ  
31 מעורבות הורים – מצטט. לשיטתנו כך גם עמד בפני המחוקק.

32  
33 כבוד השופט ע' ברון: האם לא היה אמור להיות שיקול דעת בהקשר הזה?

34  
35 עו"ד מיליקובסקי:  
36 אם זה היה חלק מהחלטה שיפוטית כמובן היינו חושבים שיש מקום לשיקול דעת, אבל השופט  
37 לא נוטל את הגמלאות ולא נוטל אותן. לא יודעים מראש איזה ילד מחר חלילה יזרוק אבן.

1 זכוונה שהחורים ידאגו שהילדים לא יזרקו אבנים. זה נועד למנוע מראש, לא יודעים מראש מי  
2 יזרוק אבן מחר בבוקר.

3  
4 כבוד השופטת ע' ברון: אדוני אומר שחלוי"ז של העניין כאן זו מניעה. העיקר הוא הרעיון  
5 חמניעתי.

6  
7 עו"ד מיליקובסקי:

8 אכן כבודה. סעיף 54 מניעה, לתמרץ אכן במניעה מסוימת את החורים, מניעת ידוויי אבנים  
9 שהילדים כנראה פחות נגישים לפצצות מתוחכמות יותר. אם זו מכת מדינה ורוצים למזער את  
10 התופעה אז זו האמצעות המניעתית. זאת התופעה שעמדה נגד עיני המחוקק, יש למחוקק כלים  
11 ענישתיים. פה הוא הלך לחלק לכלי שחוא שלילת גמלאות שמסופקות על ידי המדינה באותה  
12 תקופת המאסר באמצעות שב"ס. ציינו לעניין הסוגיה של האבתנה ושיוויון שבהחלט אכן  
13 שבוחנים שונות רלוונטית בין עבירות ביטחוניות לבין עבירות חמורות כגון סחר בסמים), לצורך  
14 שונות לוקחים בחשבון שמבצע העבירה מנסה לזרוע אימה שהוא אדיש לזריקת אבן כאשר הוא  
15 לא מחפש אדם שהוא מסוכסך איתו. סוגיית התכליות שאנו לא חלק משיקול הדעת השיפוטי  
16 כאשר לא צריך שיקול דעת משופט, שמנסים למנוע מראש מתמרצים את החורים בכללותם.  
17 אני מצטרף לדבריי חבריי.

18  
19 עו"ד זחר: אבקש להשלים כמה נקודות, לגבי ההוצאות של הילד שנמצא, יש הוצאות ספרים,  
20 ויש הוצאות שיכולות להגיע לאלפי שקלים והם חובה על החורים והם לא מכוסים על ידי  
21 המדינה. זה מבחינה עובדתית.

22 התשובות של חבריי דווקא מחזקות את הטעון שלנו. הרי אנו חוזרים לתכלית שימוש בכל  
23 הגמלאות ככלי כדי להעניש ולנקום בילדים דרך הוריהם. תכלית של גמלאות אי אפשר  
24 להשתמש בה כדי לגרום להרתעה. הכלים הקלאסיים מה שחברי טוענים נוגד לתפיסה מה זה  
25 הרתעה וכיצד משיגים הרתעה וחינוך החברה שלא יבצעו את העבירה. הגמלאות לא נכנסות  
26 למשבצת הזאת. גם מדרג ראשון וגם מדרג שני ומדרג שלישי של ענישה, מה הם רוצים מעבר  
27 לזה?

28 תרי בראש התכליות, מה שאמור לעמוד זה לא למנוע מהילד לעשות משהו, שמדובר כאן על  
29 גמלאות סוציאליות זה לטובת הילד ואי אפשר להשתמש בזה כענישה.

30 אם רוצים לעשות כלי בגמלאות כאילו שלילת הגמלאות באמת תגרום לכך שהחורים יכולים  
31 לשלוט בילדיהם במשך עשרים וארבע שעות! מדובר בסטייה מהפילוסופיה הקונספציה מה זה  
32 דיני עונשין. מדובר בפגיעה בזכויות הילד ובאמנח חבינלאומית. בעתירה נימקנו מתי כן אפשר  
33 לשלול גמלאות. הגמלאות נשללים כאשר נותנים שימוע להורים, כאשר זה משליך על החורים,  
34 עדיין במסגרת תנאי הזכאות באים לקבל הבטחת הכנסה, גם שם שרוצים לשלול מהורה בגלל  
35 אי קיום חוק מסוים, עדיין עורכים להורה שימוע.

1 עו"ד גיבארין: יש פסקאות שנוגעות לשאלה של כבוד השופט ברון לעניין ההרתעתני. בתשובת  
2 המדינה הם מציינים שיש שבעה מקרים שהיה בהם עונש של לקיחת גמלאות. אם כך המנגנון  
3 פועל זה מראה שהחקיקה ללא תכלית רציונאלית. אם זה מניעתני הרי כולנו מבינים מה זה  
4 הרתעתני, הרי עוצרים אדם כדי למנוע ממנו לבצע את העבירה בעתיד. פה רוצים לשלול כי  
5 בוצעה העבירה ללא קשר מניעתני.

6  
7 ניתנה החלטה

8  
9 קלדנית: ענת

10